



*Ministero*

*per i beni e le attività culturali*

*e per il turismo*

DIREZIONE GENERALE ARCHEOLOGIA, BELLE ARTI  
E PAESAGGIO  
SERVIZIO V

*A*

**Al Capo dell'Ufficio Legislativo**

mbac-udcm.ufficiolegislativo@mailcert.beniculturali.it

**Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e  
Paesaggio per le province di Cremona**

**Lodi e Mantova**

Piazza Paccagnini, 3

Mantova

mbac-sabap-mn@mailcert.beniculturali.it

*E.p.c.*

**Oggetto: Chiarimento sull'applicabilità del silenzio assenso ai sensi dell'art.17 bis della Legge 241/1990 in materia di accertamento compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art.167 del D. Lgs. 42/2004**

Ci si riferisce alla nota n.9672 del 28/11/2019, con la quale codesta Soprintendenza ha richiesto chiarimenti sull'applicabilità del silenzio assenso ex art. 17 bis Legge 241/1990, in caso di mancato o tardivo parere della Soprintendenza nell'ambito dei procedimenti di accertamento di compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art.167 del D.Lgs.42/2004, visto anche il confronto con alcuni Comuni, delegati dalla Regione nell'esercizio della funzione autorizzatoria in materia di paesaggio.

In relazione ai citati pareri, resi dall'Ufficio Legislativo (prot. n.27158 del 10/11/2015 e prot.n. 21892 del 20/07/2016) in merito all'art.3 della Legge 124/2015, nonché agli orientamenti giurisprudenziali, espressi dalle citate sentenze del TAR Campania e del TAR Molise, si evidenzia quanto segue.

L'Ufficio legislativo, con il parere del 10 novembre 2015, prot. n. 27158, conclude che il silenzio assenso può operare esclusivamente per i pareri vincolanti o gli atti di assenso, comunque denominati, corrispondenti ad autonomi poteri autorizzatori, di competenza del MIBACT, e nei soli casi in cui il parere vincolante, o l'atto di assenso, siano richiesti da un'altra pubblica amministrazione, anche locale, sia nel proprio interesse, in quanto interessata alla realizzazione dell'intervento o allo svolgimento dell'attività, soggetta a previo controllo autorizzatorio, sia nell'interesse del privato, che abbia presentato la relativa domanda tramite lo sportello unico comunale.

In relazione all'art.167 comma 4, nel parere prot.n.27158/2015 si evidenzia che, in quanto atto decisorio vincolante, l'istituto acceleratorio del silenzio assenso trova applicazione qualora la domanda del privato provenga tramite lo Sportello Unico comunale, non quando provenga direttamente dal privato.

Nel parere n.1640/2016 della Commissione speciale del Consiglio di Stato si afferma la piena applicabilità dell'art. 17-bis *'in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione pluristrutturata' (nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione)* anche nelle materie sensibili, non ritenendo detta interpretazione in contrasto con la giurisprudenza della Corte costituzionale inerente agli interessi primari, dal momento che *'da un lato, il silenzio-assenso opera in questo caso non a favore di un privato, ma a favore di una pubblica amministrazione, che dovrà poi comunque farsi carico del bilanciamento degli interessi rilevanti; dall'altro, dei relativi interessi il legislatore si è fatto carico stabilendo un termine più lungo per la formazione del silenzio-assenso, e facendo salvi i diversi termini previsti dalle norme speciali'*.

Nel successivo parere prot.n.21892/2016 dell'Ufficio Legislativo, ad integrazione del parere prot. n.27158/2015 ed a seguito del parere n.1640/2016 del Consiglio di Stato, si afferma che il silenzio assenso non opera in tutti i casi in cui l'atto di assenso sia richiesto da una pubblica amministrazione non nel proprio interesse, ma nell'interesse del privato, destinatario dell'atto (e vero beneficiario del provvedimento), il quale abbia presentato la domanda tramite lo Sportello unico comunale; è dunque, irrilevante, secondo l'Ufficio Legislativo, ai fini dell'inapplicabilità del silenzio assenso, che il privato presenti la domanda direttamente o per il tramite di una pubblica amministrazione.

Nel parere n.1640/2016 del Consiglio di Stato, inoltre, come pure nel parere prot.n.21892/2016 dell'Ufficio Legislativo, ai fini dell'applicabilità del silenzio assenso, mentre si menziona espressamente l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art.146, non vi è, per contro, alcun riferimento al procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica, di cui all'art.167.

Il TAR Campania nella sentenza n.3099/2019, a margine di un procedimento di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art.167, afferma che *'Sul punto deve rilevarsi come, a seguito dell'introduzione della disciplina contenuta nell'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990, viene in rilievo un'ipotesi di silenzio assenso "orizzontale" tra PA, connesso al decorso dello speciale termine di novanta giorni, da ritenersi applicabile al caso di specie in quanto riferita (anche) alle autorizzazioni paesaggistiche in quanto procedimento caratterizzato da una fase decisoria pluristrutturata, subordinata ad acquisire un parere vincolante'*.

Il TAR Toscana, con la sentenza n.1520/2019 esclude, invece, l'applicabilità del silenzio assenso al procedimento, di cui all'art.167, in quanto *'L'art. 17 bis della legge n. 241/1990 prevede che il termine valevole per il perfezionamento del silenzio assenso decorra dal ricevimento, da parte dell'amministrazione competente, dello schema di provvedimento (e cioè della proposta di provvedimento) da parte dell'amministrazione procedente. La norma, facendo leva sull'esistenza di uno "schema di provvedimento", introduce il silenzio assenso delle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico territoriale nell'ambito dei procedimenti connotati da una fase decisoria pluristrutturata, in cui l'atto da acquisire (nulla osta, assenso o parere vincolante) assume valenza codecisoria (Cons. Stato, parere, Comm. spec., 13.7.2016, n. 1640). Orbene, l'art. 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/2004 non prevede, ai fini della sanatoria paesaggistica, una proposta o schema di provvedimento formulata dal Comune e rivolta alla Soprintendenza, in ciò distinguendosi dall'art. 146, comma 7, del d.lgs. n. 42/2004, che nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica preventiva ai lavori stabilisce invece che il Comune formuli alla Soprintendenza una proposta di provvedimento. Il procedimento di sanatoria paesaggistica, quindi, non si articola su uno schema di provvedimento sul quale la Soprintendenza è chiamata a esprimersi quale autorità codecidente, giacché la valutazione di compatibilità paesaggistica dell'intervento tipizzato dall'art. 167, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004 è di esclusivo appannaggio dell'autorità statale, senza che il Comune possa esprimere alcuna proposta in ordine alla conformità dell'opera rispetto al vincolo paesaggistico.'*

Nella sentenza n.1521/2019, di analogo tenore, il TAR Toscana precisa ulteriormente *'La distinzione del procedimento di cui all'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004 rispetto a quello disciplinato dall'art. 146 (quest'ultimo incentrato, a differenza del primo, sulla proposta di provvedimento indirizzata alla Soprintendenza) trova ragione nella diversità dei presupposti fattuali (e del relativo disvalore), degli effetti e delle finalità (Cons. Stato, VI, 2.9.2013, n.4352): all'aspetto patologico proprio dell'opera realizzata senza la preventiva (e*

*obbligatoria) autorizzazione paesaggistica (quindi necessitante di autorizzazione postuma per essere regolarizzato) il legislatore ha abbinato l'istituto del silenzio inadempimento, anziché del silenzio assenso, stante la peculiarità di una situazione in cui rilevi l'illiceità derivante dall'omesso controllo preventivo di compatibilità paesaggistica, illiceità sanabile, eccezionalmente, nei casi e ad esito del procedimento speciale di cui all'art. 167, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 42/2004. La specialità della disciplina sancita dal citato art. 167 si giustifica con la rilevanza anche penalistica dell'opera realizzata senza la previa valutazione positiva di compatibilità paesaggistica, la quale, se accertata, incide su fattispecie di reato, determinando la non punibilità dell'autore del fatto; proprio tale rilevanza penale ha indotto il legislatore a prevedere il necessario e autonomo (nel senso di non codecisorio) intervento dell'organo statale (TAR Lombardia, Milano, II, 11.1.2013, n. 84)'.*

Alla luce di una giurisprudenza non concorde in materia, anche in ordine al carattere codecisorio del procedimento ex art.167, delle precisazioni contenute nel parere prot.n.21892/2016, a seguito del parere n.1640/2016 del Consiglio di Stato, della circostanza per cui nel procedimento ex art.167 non vi è la trasmissione di uno schema di provvedimento, da cui decorre il termine perché operi il silenzio assenso (come disciplinato dall'art.17bis comma 1 e 2, richiamati all'art.17bis comma 3) ed, anzitutto, in ragione del carattere patologico e peculiare della situazione, ove vi è un'opera realizzata senza la preventiva e obbligatoria autorizzazione paesaggistica e, quindi, un fatto illecito, di rilevanza anche penalistica (che vede il privato reale beneficiario del provvedimento), ad avviso di quest'Ufficio non parrebbero sussistere i presupposti per l'applicabilità del silenzio assenso nell'ambito dei procedimenti di accertamento di compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art.167 del D.Lgs.42/2004.

Qualora codesto Ufficio Legislativo non concordi con detta conclusione, ritenendo applicabile il silenzio assenso anche ai procedimenti di cui all'art.167, si osserva quanto segue.

Se l'art. 17-bis, per esigenze di semplificazione e di accelerazione, prevede che la mancata adozione del provvedimento comporti, *ipso iure*, l'assenso silente, ciò non preclude all'amministrazione, che ha fatto pervenire un tardivo diniego, di sollecitare l'amministrazione procedente all'esercizio dei poteri in autotutela.

Ai sensi dell'art.20 comma 3 della L.241/1990, infatti, nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies.

La mancata osservanza, da parte della Soprintendenza, del termine perentorio previsto *ex lege* per il rilascio del parere di compatibilità paesaggistica non determina, quindi, la giuridica inesistenza del parere reso oltre tale termine, ma semplicemente la perdita del carattere vincolante impressogli dalla legge.

Tale parere, secondo la prevalente giurisprudenza *'pur collocandosi al di fuori del quadro normativo, costituisce sempre un elemento del procedimento che l'amministrazione deve valutare, potendosene motivatamente discostare'* (Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2136; T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 252; T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 4 luglio 2014, n. 1195).

La Soprintendenza può quindi emanare un parere tardivo, configurandosi, altresì, quale implicita richiesta di eventuale avvio di un procedimento in autotutela (meglio se espressamente formulata), se il Comune ha già concluso il procedimento autorizzatorio.

Qualora, invece, il termine di conclusione del procedimento di autorizzazione non sia ancora decorso, in caso di parere tardivo della Soprintendenza il Comune - nell'assumere la decisione finale - dovrebbe considerare quel parere (ancorché non vincolante) alla stregua di un mero dato istruttorio e, dunque, esprimere una propria valutazione, congruamente motivata, in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento proposto.

In virtù del principio di leale collaborazione fra amministrazioni, il Comune, pur non vincolato dal parere ricevuto, potendo usufruire del silenzio assenso, dovrebbe esaminarne i contenuti, trattandosi di un parere, espressione di un organo munito di conoscenze tecnico-giuridiche specializzate, poste a presidio di un interesse superiore tutelato dalla Carta costituzionale.

Con il parere n.1640/2016 il Consiglio di Stato, nel sostenere l'applicabilità del silenzio significativo, di cui all'art. 17-bis, anche tra amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ha affermato che *'Una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale dell'atto), l'amministrazione concertante, in presenza dei presupposti dell'autotutela potrà evidenziare le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificerebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni, segnalando all'Amministrazione procedente ragioni di opportunità o illegittimità che, a suo avviso, precludono l'adozione del provvedimento finale. L'ultima decisione sull'adozione del provvedimento finale spetterà, tuttavia, all'Amministrazione procedente, la quale, nonostante la segnalazione ricevuta, potrà, comunque, decidere, assumendosene la responsabilità, di avvalersi del silenzio-assenso e di adottare il provvedimento finale'*.

Il parere contrario tardivo della Soprintendenza potrebbe, infatti, far emergere profili d'irregolarità, prevenendo, così, l'adozione di un'autorizzazione paesaggistica illegittima.

A seguito di quesiti ricevuti sul punto si chiede, inoltre, a codesto Ufficio Legislativo chiarimenti sul carattere vincolante o meno del silenzio assenso.

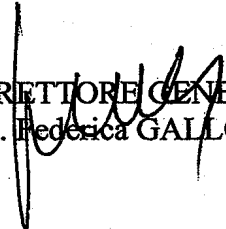
Ad avviso di quest'Ufficio, trattandosi di un silenzio significativo maturatosi una volta decorso il termine entro cui la Soprintendenza deve rilasciare il parere, in quanto tale, vincolante, la conseguente degradazione del parere da vincolante ad obbligatorio, per intervenuto decorso dei termini, si estende, altresì, al silenzio assenso.

Una conferma in tal senso pare desumersi, altresì, dal disposto dell'art.11 comma 9 della L.31/2017, secondo cui *'In caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica'*, secondo cui il carattere vincolante è associato al parere espresso nei termini dal Soprintendente, non al silenzio assenso.

Il Dirigente del Servizio  
Arch. Roberto BANCHINI



IL DIRETTORE GENERALE  
Arch. Federica GALLONI



Con il supporto dell'Avv. Barbara Pillon